BP-143F

LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET LE PROJET DE LOI C-91, LOI SUR LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

A.G. Jackson

Division de l'économie
Service de recherche
Ottawa

Le 25 avril 1986

LIBRARY OF PARLIAMENT

LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET LE PROJET DE LOI C-91, LOI SUR LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

A.G. Jackson

Division de l'économie
Service de recherche
Bibliothèque du Parlement
Ottawa

Le 25 avril 1986

ÉTUDE GÉNÉRALE POUR LES PARLEMENTAIRES

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1987

N° de cat. YM32-2/149F

ISBN 0-660-92026-3

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION 1

CHRONOLOGIE DES RÉFORMES RÉCENTES DE LA LÉGISLATION SUR LA CONCURRENCE 6

GRANDES LIGNES DU PROJET DE LOI C-91 9

A. Fusionnements 11
B. Monopoles 15
C. Complots 17
D. Prix anormalement bas 18
E. Banques et sociétés d'État 21

CONCLUSION 22

BIBLIOGRAPHIE 23

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET LE PROJET DE LOI C-91, LOI SUR LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

INTRODUCTION

La recherche du profit par les entreprises tend à satisfaire l'intérêt personnel, mais les économistes reconnaissent, depuis Adam Smith, que, dans certaines circonstances, agir dans un but intéressé est socialement souhaitable. En effet, la motivation du profit peut assurer qu'on produira au coût le plus bas possible les types et les quantités de biens requis. La politique de la concurrence doit déterminer les circonstances dans lesquelles la recherche du profit n'est pas souhaitable et établir un cadre administratif et juridique permettant de prendre les mesures correctives qui s'imposent. La concurrence freine la motivation du profit, dans la mesure où on ne peut faire des bénéfices plus élevés qu'en augmentant son efficacité ou en offrant un produit ou un service meilleur. Une entreprise qui veut faire de plus gros bénéfices a deux possibilités: soit réduire la concurrence, soit améliorer son rendement économique. Malheureusement, c'est souvent la première solution qui est la plus avantageuse.

Sur le plan de la concurrence, le Canada ne s'est jamais distingué par son comportement sur le marché.(1) Étant un petit pays voisin d'une grande nation peut-être trop puissante, il lui a fallu imposer

---

(1) Voir, par exemple, C. Green, Canadian Industrial Organization and Policy, 2e éd., McGraw-Hill Ryerson, Toronto, 1985, p. 158-166.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

des tarifs douaniers pour protéger ses jeunes industries, mais ces tarifs permettaient l'imposition des prix et le partage du marché. Avant la Seconde Guerre mondiale, les associations commerciales canadiennes, contrairement à celles des États-Unis, se contentaient dans l'ensemble d'échanger leurs barèmes de prix plutôt que de faire connaître les innovations techniques.

La plupart des économistes reconnaissent qu'au cours de l'après-guerre, la concurrence est devenue plus forte dans l'économie canadienne, grâce à l'abaissement des tarifs douaniers et à l'accroissement des importations, mais que, malgré cela, l'industrie canadienne est demeurée plus concentrée, plus oligopolistique et moins concurrentielle que l'industrie américaine.

Le cadre d'analyse classique de l'organisation industrielle présente une relation de cause à effet.

STRUCTURE ⟶ COMPORTEMENT ⟶ RENDEMENT

La cible visée est le rendement économique, mais c'est l'élément le plus difficile à évaluer directement. Il faudrait pour cela qu'on ait accès aux données commerciales (habituellement gardées secrètes, car elles fourniraient des renseignements précieux aux concurrents) et qu'on fasse d'importantes analyses économiques. Bon nombre d'économistes soutiennent que de telles analyses relèvent encore de l'art plutôt que de la science. Ces études demanderaient beaucoup de temps, elles seraient coûteuses et elles auraient un effet perturbateur sur les entreprises visées, présumées innocentes. On s'est donc attaché aux deux premiers éléments de la relation.

Les économistes s'entendent presque tous pour dire qu'il est mauvais qu'une seule entreprise exerce un monopole et qu'il est bon d'avoir une concurrence parfaite entre de nombreuses entreprises.(2) C'est pourquoi on a cherché à établir une échelle numérique de la concentration

---

(2) À l'exception d'un monopole naturel comme un réseau téléphonique, où l'envergure de l'entreprise elle-même améliore l'efficacité et où il serait coûteux qu'il y ait un autre service.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

industrielle, qui se situe entre ces deux extrêmes, et à définir des valeurs critiques qu'on pourrait y inscrire. On interdirait toute réorganisation industrielle qui pousserait l'indice de concentration au-delà du niveau critique. Si elle était réalisable, une telle échelle offrirait des avantages très intéressants. Ce serait une solution rapide, économique et d'application presque automatique. Par exemple, deux entreprises voulant fusionner pourraient facilement comparer l'indice de concentration à la valeur critique, pour déterminer si leur fusionnement serait permis. On n'aurait pas ensuite toutes les peines du monde à séparer les éléments longtemps après leur union.

Mais pour que cette approche ait quelque succès, il faudrait trouver un indice de concentration qui ait une corrélation suffisamment forte avec le rendement.

Une formule couramment utilisée par les économistes consiste à mesurer la part du marché détenue par les quatre plus grandes entreprises. Ces indices ont été établis pour le Canada,(3) et analysés en vue d'en dégager une tendance. On peut ensuite consulter des indices américains et européens analogues pour déterminer si la concentration est comparativement plus ou moins grande au Canada. Les causes présumées d'indices de concentration élevés, comme la taille d'une entreprise, les économies d'échelle, les frais de démarrage, la publicité et les autres variables pertinentes, ont été testées d'un point de vue statistique.

Les indices de concentration ne semblent pas avoir une corrélation suffisamment forte avec les autres facteurs dont on tient normalement compte dans les études de concentration (notamment les barrières à l'accès au marché) et, sur le plan statistique, les économistes ne les jugent pas assez fiables. Pour ces raisons, les économistes estiment aujourd'hui que le lien entre la structure et le comportement

---

(3) Voir, par exemple, J.R. Baldwin et al., "Imports, Secondary Output, Price-Cost Margins and Measure of Concentration: Evidence for Canada, 1979", Discussion Paper No. 262, Conseil économique du Canada, Ottawa, 1984, et les ouvrages qui y sont cités.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

n'est pas assez fort pour servir de base à l'établissement d'une politique de la concurrence.(4)

Étudier le comportement d'une entreprise présente certains avantages. C'est habituellement un phénomène observable: il y a des contrats, des listes de prix et une correspondance d'affaires que celui qui enquête peut consulter. Les conspirations se font en secret, mais leurs effets sur le marché se détectent facilement et on peut en tirer des conclusions raisonnables.

L'une des difficultés tient à ce que la nuance peut être mince entre les mesures qui favorisent hautement la concurrence et celles qui visent au contraire à exclure un concurrent du marché; pour établir les distinctions nécessaires, il faut beaucoup de subtilité de jugement, ce qui exige une connaissance poussée des affaires plutôt qu'une formation juridique. Comme les sociétés sont des entreprises commerciales, les mesures qu'elles prennent peuvent habituellement se justifier par une augmentation quelconque des bénéfices, et le prétexte du "bon motif" pourrait être jugé assez convaincant par le profane.

La récente affaire de la société Atlantic Sugar montre bien les difficultés que pose la législation visant à empêcher les coalitions.(5) La société Redpath affichait tous les jours les prix du sucre à l'entrée de ses bureaux. De leur côté, les sociétés Atlantic et St. Lawrence consultaient ces prix et s'en inspiraient pour établir les leurs. Les trois sociétés se partageaient l'ensemble du marché de l'Est jusqu'en 1964, année où s'est ouverte la société Cartier. Ensuite, elles se sont partagées 94 p. 100 du marché, dans les mêmes proportions qu'avant. Il était manifeste que les remises quantitatives variaient d'une

---

(4) Le "chiffre magique" peut être étonnamment petit, selon le marché. Après 1973, la production de l'OPEP représentait moins de 55 p. 100 de la production mondiale de brut; en 1984, cette proportion n'était plus que de 30,7 p. 100, mais l'OPEP contrôlait quand même les prix du pétrole. Si la valeur critique était fixée à 30 p. 100 du marché, de nombreuses industries canadiennes pourraient faire l'objet d'un examen approfondi.

(5) F.H. Webber, "Oligopoly and the Combines Investigation Act", Canadian Business Law Journal, vol. 6, 1981-1982, p. 477-480.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

entreprise à l'autre, mais la répartition du marché restait étonnamment constante. Rien ne prouvait directement qu'il y avait collusion explicite. En appel, les sociétés n'ont pas été reconnues coupables de s'être entendues pour diminuer indûment la concurrence. Les préoccupations manifestées par les observateurs de cette affaire portaient sur les points suivants:

(i) le caractère insatisfaisant de l'enquête sur le barème de prix, qui servait en quelque sorte de "baromètre";

(ii) la nature plus ou moins concurrentielle, dans l'ensemble, des remises quantitatives;

(iii) la "double intention" implicitement requise dans la législation, qui ne vise que les ententes délibérées.

Les deux premières questions montrent bien les difficultés qu'il y a à juger en fonction du droit seulement, sans avoir fait d'analyse économique. Les faits relatifs à l'affaire étaient clairs: la société Redpath affichait un barème de prix qui variait quotidiennement en fonction du marché international du sucre brut; ses concurrents consultaient ce barème et s'en inspiraient pour fixer les leurs. En cas de poursuites au criminel, le poids des preuves de collusion serait l'élément déterminant de l'affaire. Or, si le but recherché n'est pas de punir des coupables mais bien de rétablir la concurrence, une ordonnance interdisant le comportement visé suffirait. En outre, étant donné que, sur le plan social, il en coûte moins de restreindre à tort la publication d'un barème de prix que de condamner injustement un innocent pour complot, des normes moins rigoureuses pourraient s'appliquer en matière de preuve. Les membres d'un cartel ou d'un oligopole sont des agents économiques astucieux et ils peuvent modifier légèrement leur comportement pour éviter d'enfreindre la lettre de la loi. Des fournisseurs différents peuvent présenter à un acheteur un éventail de prix; cela ne signifie pas nécessairement qu'ils se font concurrence. Par exemple, si les listes de prix identiques et les remises quantitatives uniformes sont rendues illégales, des remises quantitatives variables rapporteront à long terme les mêmes recettes, pourvu qu'elles correspondent, en moyenne, à la remise fixe accordée auparavant. Les preuves nécessaires et l'évaluation nécessiteront un avis économique et non juridique.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

Les récentes interprétations du mot "indûment" données par les tribunaux ont fait naître des préoccupations au sujet de la double intention et du degré de réduction de la concurrence qui peut être qualifié d'"indu". Il semble y avoir eu une évolution avec le temps. Selon une interprétation appelée par certains "l'hérisie Cartwright", l'affaiblissement de la concurrence est "indu" s'il donne lieu à un quasi-monopole, les parties à l'accord étant libres de poursuivre leurs activités sans pratiquement être influencées par la concurrence. Cela est très difficile à prouver. Selon une interprétation moins rigide, un affaiblissement sérieux de la concurrence suffirait.

Dans l'affaire mettant en cause la société Atlantic Sugar, les défendeurs ont soutenu qu'ils s'étaient comportés comme ils l'avaient fait non pas pour réduire la concurrence en matière de prix, mais bien pour maintenir leur part du marché. Le juge de première instance en a convenu, mais sa décision a été infirmée en appel. Il serait injuste de reprocher à un juge de ne pas être économiste, mais cette affaire a ajouté du poids à l'argument voulant que les causes de ce genre soient entendues par un tribunal compétent plutôt que par un juge.

CHRONOLOGIE DES RÉFORMES RÉCENTES DE LA LÉGISLATION SUR LA CONCURRENCE

1960 - La Couronne perd deux causes importantes relatives à des fusionnements. Dans l'affaire Canadian Breweries, le défendeur avait fait passer de moins de 20 p. 100 à plus de 50 p. 100 sa part du marché par le biais de fusionnements en Ontario et au Québec. Dans l'affaire B.C. Sugar Refining, avant le fusionnement, le défendeur détenait la totalité des marchés de la Colombie-Britannique et de l'Alberta, 93 p. 100 de celui de la Saskatchewan et 19 p. 100 de celui du Manitoba; son fusionnement subséquent avec la société Manitoba Sugar lui a assuré la totalité du marché de la Saskatchewan et 70 p. 100 de celui du Manitoba. On craignait que les tribunaux n'assimilent l'abolition de la concurrence à la création de monopoles.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

1962 - La Commission sur les pratiques restrictives du commerce présente un rapport au sujet de la distribution et de la vente des pneus, des batteries et des produits connexes pour automobiles. Les raffineurs de pétrole forçaient par divers moyens les stations-service à vendre uniquement des pièces de rechange portant leur marque de commerce; cette pratique n'était pas illégale à ce moment-là.

1969 - Le Conseil économique du Canada présente son Rapport provisoire sur la politique de concurrence. Le gouvernement Pearson avait demandé qu'on réexamine entièrement la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions plutôt que de la modifier par bribes afin de régler les problèmes survenus en 1960 et en 1962. Dans le rapport, la concurrence est considérée comme un moyen de parvenir à l'efficience économique. Le Conseil recommande la mise sur pied d'un tribunal chargé de statuer sur les fusionnements et les pratiques restrictives; la Cour ne s'occuperait dorénavant plus que des questions de collusion, de fixation des prix de revente et de publicité trompeuse, considérées comme plus faciles à trancher.

1971 - Le projet de loi C-256 est présenté afin de mettre en application les recommandations du Rapport provisoire du Conseil économique du Canada. Ce rapport avait soulevé peu de commentaires défavorables, mais le monde des affaires(6) critique vivement le projet de loi C-256, qui est retiré. On adopte une nouvelle stratégie, qui consiste à faire adopter la législation en deux étapes: la première concernera les questions non controversées et portera sur la publicité trompeuse, la fixation des prix de revente, le refus de vendre, les ventes liées, l'exclusivité et le truquage des offres, tandis que la deuxième traitera du

---

(6) Voir J. Brecher, Canada's Competition Policy Revisited, Institut de recherches politiques, Montréal, 1981, chap. 3.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

contrôle des monopoles et des fusionnements. Contrairement à la première étape, celle-ci abordera des domaines sur lesquels l'opinion publique n'est guère fixée: on s'entend largement pour dénoncer la publicité trompeuse, mais lorsqu'il s'agit de savoir quels types de fusionnements devraient être interdits, le consensus est mince.

1973 - Les mesures législatives prévues à la première étape sont présentées. Le projet de loi initial (C-227) reste en plan au moment du déclenchement des élections générales de 1974; il est repris sous la forme du projet de loi C-7 et enfin du projet de loi C-2, qui entre en vigueur le 1er janvier 1976.

1976 - Le Comité consultatif Skeoch-McDonald est mis sur pied pour étudier les questions concernant la seconde étape. Dans son rapport intitulé Évolution dynamique et responsabilité dans une économie demarché au Canada, il insiste (trop, de l'avis de certains) sur l'importance de l'évolution dynamique de l'économie canadienne. Il préconise l'interdiction des contraintes artificielles, c'est-à-dire non fondées sur un rendement économique supérieur,(7) et met en garde contre un trop grand pragmatisme lorsqu'il s'agit de déterminer si une activité est dans l'intérêt public ou si elle favorise la concurrence.(8) Le rapport ne semble pas avoir une influence extrêmement marquée sur les textes législatifs présentés par la suite.

Les projets de loi C-42 et C-13 s'ajoutent aux autres lois relatives à la politique de la concurrence qui n'ont jamais vu le jour. Le projet de loi C-42 est très mal accueilli à l'étape de

---

(7) L.A. Skeoch, "The Dynamic Change Report and the Proposed Competititon Act", dans J.R.S. Prichard (éd.), Canadian Competition Policy: Essays in Law and Economics, Butterworths, Toronto, 1979, p. 80.

(8) Ibid.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

l'étude en comité[9]; il est présenté dans une version révisée sous la forme du projet de loi C-13, qui expire au Feuilleton.

1978 - La Commission royale d'enquête Bryce sur les groupements de sociétés affirme dans son rapport que les fusionnements, dans l'ensemble, ne posent pas de problèmes dans l'économie canadienne.

1984 - Le projet de loi C-29 est présenté, mais reste en plan au moment de la convocation d'élections générales.

1985 - La Commission royale Macdonald préconise dans son rapport la promotion de la concurrence intérieure grâce à l'abolition des obstacles au commerce et des restrictions réglementaires.

1985 - Le projet de loi C-91 est présenté.

GRANDES LIGNES DU PROJET DE LOI C-91

Le projet de loi C-91 propose d'assujettir les banques et les sociétés d'État à la législation sur la concurrence et d'ajouter l'établissement de prix à la livraison au nombre des infractions. Cette pratique consiste à fixer dans différentes régions du pays des prix qui reflètent la situation de la concurrence dans ces régions plutôt que les frais de transport. Les entreprises d'un secteur peuvent établir un prix en fonction du prix à l'usine, à Montréal par exemple, et des frais de transport de Montréal jusqu'à destination, que les produits en question viennent de Montréal ou non. On dénonce le recours systématique aux prix à la livraison pour les raisons suivantes: premièrement, cette pratique institue un cadre au sein duquel la collusion en matière d'établissement des prix et de partage du marché peut s'exercer librement; deuxièmement, les avantages de la concurrence sont localisés, des prix concurrentiels

(9) Brecher (1981), chap. 5.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

étant en vigueur dans certaines régions du pays et des prix monopolistiques ailleurs; enfin, le consommateur n'a pas intérêt à s'approvisionner à la source la plus proche, ce qui entraîne des frais de transport inutiles. Par ailleurs, certains acheteurs d'une région donnée peuvent bénéficier d'une subvention au transport implicite, et il peut arriver que les fournisseurs tentent de faire face à la concurrence en matière de prix.

Le projet de loi répartit également les attributions d'ordre décisionnel entre les cours criminelles et un nouveau Tribunal de la concurrence. Au nombre des responsabilités des deux organismes, citons les suivantes:

Tribunal de la concurrence	Cours
Refus de vendre (art. 47)(10)	Complot (art. 32)
Ventes par voie de consignation (art.48)	Truquage des offres (art. 32.2)
Exclusivité, ventes liées et limitation du marché (art. 49)	Complot relatif au sport professionnel (art. 32.3)
Abus de position dominante/ monopole (art. 50)	Pratiques commerciales illégales/prix abusivement bas (art. 34)
Prix à la livraison (art. 52)	Publicité trompeuse (art. 36)
Accords de spécialisation (art. 57)	Fixation du prix de revente (art. 38)
Refus par un fournisseur étranger (art. 56)	
Fusionnements (art. 63)	

Le Tribunal de la concurrence se composerait de juges et d'autres membres. Chaque demande serait entendue par au moins trois mais au plus cinq membres du Tribunal, chaque catégorie étant représentée. Seuls les juges auraient compétence pour trancher les questions de droit; les deux catégories de membres auraient compétence pour trancher les questions de fait ou de droit et de fait. Le président du tribunal devrait

---

(10) Les notes entre parenthèses renvoient aux dispositions actuelles ou proposées de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (qui sera désormais désignée sous le nom de Loi sur la concurrence).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

être un juge. Le Tribunal pourrait rendre des ordonnances interdisant certains comportements et enjoignant toute personne de se départir d'éléments actifs ou d'actions. Les cours continueraient à recourir aux amendes et aux peines d'emprisonnement. Par suite d'une décision du Tribunal, le gouvernement pourrait aussi réduire des droits de douane pour stimuler la concurrence par l'accroissement des importations. Le projet de loi s'intéresse essentiellement aux comportements et refuse explicitement de s'en remettre à des indices de concentration. Le terme concurrence est défini de façon à inclure les marchés (éventuels) d'importation et d'exportation.

Voici une étude des principales caractéristiques du projet de loi.

A. Fusionnements

Les économistes divisent les fusionnements en trois catégories: horizontaux, verticaux et hétérogènes (par conglomérat). Les fusionnements horizontaux interviennent entre des entreprises qui fabriquent le même produit: ils sont donc la principale cible de la politique en matière de concurrence. Les fusionnements verticaux interviennent entre une entreprise et son fournisseur. Les fusionnements hétérogènes sont ceux qui interviennent entre deux holdings ou groupes d'entreprises. Dans le cas d'un fusionnement à caractère purement hétérogène, les entreprises intéressées n'entretenaient auparavant aucune relation horizontale ni verticale, de sorte que leur fusionnement n'a aucune incidence sur la concurrence, dans le sens où l'entend le projet de loi C-91, même s'il a un effet sur la concentration globale.

La politique adoptée à l'égard des fusionnements peut être "rigoureuse" ou "indulgente". Les tenants de l'approche "rigoureuse" mettent en avant la difficulté de "démêler les affaires" après qu'il y a eu fusionnement et font valoir que la dissolution obligatoire risque d'entraîner des frais énormes pour les actionnaires qui auraient acheté des actions après le fusionnement, sans parler des lourdes dépenses engagées pour reconstituer les réseaux de distribution et de production qui auraient

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

été fusionnés ou interrompus. L'essentiel, selon eux, est d'intervenir avant qu'il y ait fusionnement et d'appliquer des normes rigides qui permettent de déterminer à l'avance si la fusion risque de nuire à la concurrence. Les tenants de l'approche "indulgente" considèrent que pour passer au crible les fusionnements, il faut trop présager du comportement futur des entreprises en cause, et que la meilleure politique consisterait donc non pas à restreindre les fusionnements, mais plutôt à les surveiller de près et à intenter des poursuites pour comportement anticoncurrentiel une fois le fait accompli.

Les principaux tenants de l'approche "indulgente" sont Skeoch et McDonald (1976) et la Commission Bryce (1978). Le projet de loi C-91 préconise l'approche "rigoureuse". Il s'applique aux fusionnements horizontaux (al. 64(1)a)) et verticaux (al. 64(1)b) et c)). Le critère appliqué est la diminution sensible de la concurrence (art. 64),dont il faut juger en tenant compte de facteurs particuliers (art. 65), y compris l'entrée éventuelle sur le marché de concurrents intérieurs et étrangers et la facilité d'accès au marché. La preuve de la concentration n'est pas suffisante à elle seule (par. 64(2)). Ces dispositions reflètent une théorie économique moderne, selon laquelle un comportement anticoncurrentiel sur un marché peut être limité par la menace de l'entrée de nouveaux concurrents, même si ce marché affiche un taux de concentration assez élevé. Le Tribunal sera donc appelé à rendre des décisions assez subtiles. Des exceptions sont prévues à l'égard des entreprises à risques partagés (art. 67), des gains en efficience qui n'auraient pu être réalisés sans le fusionnement (art. 68) et des entreprises en déconfiture (al. 65(1)b)).

Toute partie à un projet de fusionnement pourrait demander un certificat de décision préalable (art. 74) qui, s'il lui était accordé, empêcherait le directeur de saisir le Tribunal du fusionnement si celui-ci intervient dans l'année qui suit la délivrance du certificat et si aucun changement ne survient. Les grandes entreprises seraient tenues d'aviser le directeur du projet de transaction et de lui fournir les renseignements exigés par la loi (art. 86). Les entreprises visées seraient celles dont les éléments d'actifs au Canada ou les revenus bruts provenant de ventes

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sont supérieurs à 500 millions de dollars(11) et qui, par suite du fusionnement, réaliseraient plus de 35 millions de dollars grâce à l'acquisition d'éléments d'actifs ou aux revenus de ventes découlant d'une telle acquisition. Les entreprises pourraient fournir un minimum de renseignements (art. 93) ou soumettre des renseignements plus détaillés à l'égard de leurs affiliées. Dans le premier cas, le directeur aurait sept jours et, dans le deuxième, vingt et un jours pour décider s'il a l'intention de saisir le Tribunal du projet de fusionnement.

Reuben et Wilson,(12) en commentant le projet de loi C-13 de 1976, qui prévoyait des dispositions analogues concernant l'examen des fusionnements, ont souligné que le recours à l'argument des gains en efficience pourrait être amoindri si le Tribunal pouvait rendre des ordonnances fixant des conditions précises. Dans le cas des fusionnements diminuant sensiblement la concurrence, le Tribunal jouirait d'assez vastes pouvoirs discrétionnaires (sous-al. 64(1)e)(iii) ou 64(1)f)(iii)) qui l'autoriseraient, entre autres, sous réserve du consentement des parties intéressées, à modifier les conditions du fusionnement. Toutefois, il ne jouirait pas de tels pouvoirs dans le cas d'un fusionnement qui réduirait la concurrence, mais favoriserait l'efficience.

Les décisions ex ante méritent certaines observations. Une fois rejetée l'approche structuraliste qui consiste à ne tenir compte que de la part du marché pour mesurer la compétitivité, il est difficile d'élaborer un régime d'avis préalables obligatoires. Si la loi ne précise aucun "chiffre magique" auquel pourraient automatiquement arriver les parties au fusionnement, on ne peut s'attendre à ce qu'elles évaluent objectivement les facteurs énoncés à l'article 65. C'est pourquoi il faut utiliser des chiffres, si imparfaits soient-ils. Dans le projet de loi C-91, le seuil est établi d'après la taille de l'entreprise et l'importance de la transaction, et il est très facile de trouver des exemples de

---

(11) Le Comité législatif chargé de l'étude du projet de loi C-91 a recommandé un amendement visant à réduire cette somme à 400 millions.

(12) G.L. Reuben et T.A. Wilson, "Merger Policy Proposals: An Evaluation", dans J.R.S. Prichard et al., (1979), p. 258.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

fusionnements douteux que ces deux critères n'auraient pas suffi à empêcher. Lorsqu'il a commenté le projet de loi C-29 de 1984, Stanbury(13) a cité les exemples suivants:

- Trois entreprises détenaient plus de 75 p. 100 du marché du traitement des déchets dans une grande ville canadienne. À la suite d'un fusionnement, deux entreprises seulement contrôlent maintenant les trois quarts du marché.

- Après avoir été acquise par un de ses concurrents, une entreprise de développement de films située dans une grande ville a porté sa part du marché à 60 p. 100.

- Le fusionnement de deux distributeurs de propane assure à l'entreprise qui en résulte environ 80 p. 100 d'un marché régional.

- Un fusionnement dans l'industrie du conditionnement de la volaille porte à 65 p. 100 la part du marché de l'entreprise la plus importante, qui n'a que deux autres concurrents.

- Le fusionnement de deux distributeurs de mazout dans une ville moyenne de l'Ontario porte à 65 p. 100 la part du marché de l'entreprise qui en résulte.

Manifestement, la concurrence se trouve considérablement amoindrie dans chaque cas, mais les exigences du projet de loi C-91 en matière de préavis sont respectées. On pourrait avancer que ces exemples ne sont que du "menu fretin"; il n'en demeure pas moins que chaque cas pourrait avoir des répercussions considérables à l'échelon local. La loi actuelle condamne certains abus sans gravité et très localisés, comme le truquage des offres (art. 32.2); elle s'intéresse donc aux petits marchés locaux.

Roberts et Hewat(14) présentent des arguments intéressants au sujet des seuils d'interdiction et des périodes d'attente.

---

(13) W.T. Stanbury, "Merger and Monopoly", dans R.W. Lusk et al. (éd.), Canadian Competition Law, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, Vancouver, 1984, p. 2.1.06.

(14) R.J. Roberts et C.A. Hewat, "Pre-Merger Notification in Canada", Canadian Business Law Journal, vol. 11, 1986, p. 135-146.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Ils soulignent que la loi américaine prévoit un seuil correspondant au cinquième de celui qui est appliqué au Canada. En outre, ils font remarquer que d'après l'expérience administrative acquise aux États-Unis et en Australie, des périodes de sept jours et de vingt et un jours risquent d'être trop courtes pour permettre au directeur d'examiner les preuves. L'expérience récente démontre que le directeur pourrait avoir à examiner de cinq à dix cas de préavis obligatoire par an, si le seuil de 500 millions de dollars est appliqué. Si ce seuil devait être abaissé à 400 millions, il serait appelé à étudier de deux à quatre fusionnements supplémentaires par année.

Les dispositions relatives au préavis obligatoire (art. 74) ne précisent pas les renseignements qu'il faut fournir au directeur ni le délai accordé à cette fin. Elles risquent de ne pas présenter l'intérêt voulu pour inciter un grand nombre d'entreprises non visées à fournir les renseignements en question.

B. Monopoles

Le projet de loi C-91 considère le monopole ou l'abus d'une position dominante comme une infraction au civil, relevant du Tribunal. L'article 50 dresse une liste des agissements anticoncurrentiels, où figurent la compression, l'acquisition des clients d'un concurrent, la péréquation du fret, l'utilisation de marques de combat, la préemption de ressources rares, l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des prix, l'adoption de normes incompatibles avec les produits d'un concurrent et le fait d'inciter des fournisseurs à ne pas vendre à des concurrents.

La compression est une pratique anticoncurrentielle que peut employer une entreprise intégrée verticalement pour étendre son emprise commerciale sur les marchés plus compétitifs au sein desquels elle opère. Une entreprise qui vend ses produits par l'intermédiaire de magasins de détail affiliés et d'entreprises indépendantes peut augmenter son prix de gros et faire en sorte que ses détaillants affiliés réduisent leur marge bénéficiaire, afin de maintenir les prix de vente. Cette pratique ne nuit

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

aucunement à l'entreprise intégrée ou au conglomérat, parce qu'en fait, le profit est simplement transféré du détaillant au manufacturier; la compression s'exerce sur les marges bénéficiaires des détaillants concurrents.

La péréquation du fret se rapproche beaucoup du prix à la livraison, cette nouvelle infraction (art. 52) dont nous avons parlé plus tôt dans le présent document. Par le biais de la péréquation du fret, le fournisseur absorbe les variations des frais de transport dans une région, ce qui revient à subventionner certains clients et à en pénaliser d'autres. La pratique de la péréquation du fret constitue une infraction lorsqu'on s'en sert pour diminuer la concurrence en faisant obstacle à l'entrée d'un concurrent dans un marché ou en l'éliminant d'un marché. Quant à la pratique du prix à la livraison, elle constitue une infraction lorsqu'un client est empêché d'acheter à meilleur marché et qu'il doit assumer lui-même des coûts de transport.

On se sert aussi des marques de combat pour contrer la concurrence; en effet, on pratique "l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent" (al. 50 d)). L'infraction est fondée sur un agissement anticoncurrentiel (élimination d'un concurrent) et le refus de partager les avantages d'un prix inférieur dans une région assez étendue ou sur une longue période de temps.

Pour rendre une ordonnance interdisant ces agissements, le Tribunal (par. 51(1)) doit conclure que le défendeur contrôle sensiblement le marché, qu'il se livre ou s'est livré à une pratique d'agissements anticoncurrentiels(15) et que la pratique en question a eu ou aura pour effet de diminuer sensiblement la concurrence.

Ces articles du projet de loi montrent bien qu'il faut un Tribunal pour juger de ces questions. La péréquation du fret et l'utilisation de marques de combat entraînent habituellement une baisse des prix dans un secteur du marché et peuvent être propices à la concurrence. Pour faire des distinctions aussi subtiles, il faut avoir dans le domaine

---

(15) Le comité législatif a recommandé que soit supprimé le membre de phrase "dont le but est de réduire la concurrence".

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

commercial des connaissances étendues que ne possèdent habituellement pas les cours criminelles. En outre, la preuve "hors de tout doute raisonnable" qui est exigée par les cours criminelles constitue un critère beaucoup trop exigeant par rapport à celui de la "prépondérance des probabilités", qui serait retenu par le Tribunal.

C. Complots

Les accords de fixation des prix ou de partage des marchés sont les ennemis les plus manifestes de la concurrence et constituent le ressort principal de la lutte contre les coalitions dans la plupart des pays. Tous les économistes s'entendent sur la nécessité d'interdire les accords de collusion entre concurrents.

Le projet de loi C-91 tente d'éliminer les ambiguïtés engendrées par l'affaire d'Atlantic Sugar en supprimant la nécessité de la double intention (par. 32(1.3)). Pour être coupables de complot, les parties devraient avoir l'intention de participer à un accord et cet accord devrait avoir pour effet de diminuer indûment la concurrence. L'intention de diminuer indûment la concurrence n'aurait pas à être prouvée. Les autres grandes précisions qu'apporte le projet de loi sont que la preuve circonstancielle est recevable pour établir l'existence d'un complot (par. 32(1.2)) et que les consortiums d'exportation sont permis même lorsqu'ils réduisent indûment la concurrence sur le marché intérieur (par. 32(4)). D'autres dispositions (art. 57) permettent à des concurrents de conclure des accords de spécialisation pour rationaliser la production, si les gains en efficience neutralisent les effets de la diminution de la concurrence. Ces accords doivent être inscrits au registre du Tribunal.

Le principal grief que suscitent la loi actuelle et le projet de loi C-91 est qu'il faut prouver que les agissements anticoncurrentiels diminuent "indûment" la concurrence.(16) Il n'est pas tellement

---

(16) Voir, par exemple, W.T. Stanbury, dans Lusk (1984), art. 3.3, C. Green, ibid., chap. 8, et D.G. McFetridge et S. Wong, "Agreements to Lessen Competition After Atlantic Sugar", Canadian Business Law Journal, vol. 5, 1980-1981, p. 329-345.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

difficile de prouver l'existence d'un accord, mais, ces dernières années, la Couronne a été trop souvent dans l'impossibilité de prouver que les complots diminuaient "indûment" la concurrence, comme le montre le tableau I (p. 19). Aux États-Unis, la Sherman Act interdit expressément toute collusion visant à fixer les prix, à partager les marchés ou à empêcher l'entrée d'un concurrent sur le marché. L'avantage de l'approche américaine est que la loi et les principes d'économie correspondent, que les poursuites sont plus faciles, qu'il n'y a aucune incertitude quant à la signification du terme "indûment" et que les tribunaux ne sont pas obligés d'évaluer le degré de concurrence sur un marché, tâche pour laquelle ils ne sont pas des plus compétents, s'il faut en croire le projet de loi C-91.

Le truquage des offres (art. 32.2) demeure une infraction en soi; les entreprises qui le pratiquent sont toujours coupables, qu'elles aient comploté pour hausser les prix de 1 p. 100 ou de 100 p. 100. Le truquage des offres est le plus souvent le fait de petites entreprises locales de construction.(17) Avant la première étape, ce n'était pas un acte criminel en soi, et toutes les affaires étaient classées à cause de l'impossibilité de prouver que la concurrence était "indûment" diminuée. Aux termes de la loi actuelle et du projet de loi C-91, l'établissement des prix n'est un acte criminel en soi que lorsqu'il est pratiqué sur un marché fondé sur l'appel d'offres. Par contre, si des banques complotent afin de fixer les taux d'intérêt et les frais de service, c'est un acte criminel en soi (art. 33).

D. Prix anormalement bas

Une entreprise se comporte de façon abusive lorsqu'elle établit ses prix à un niveau assez bas pour forcer une entreprise concurrente à fermer ses portes, à seule fin de faire ensuite monter les prix. Ce comportement ressemble fort à un agissement concurrentiel, puisqu'il s'agit d'essayer d'entrer en concurrence avec les rivaux en vendant moins cher qu'eux. Le problème consiste à établir la distinction,

---

(17) Canada, Consommation et Corporations, "Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada: première étape", Ottawa, 1973, p. 35-38.)

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Tableau 1

Les affaires de complot (aux termes de l'art. 32), de 1970-1971 à 1982-1983

Issue des affaires	De 1971 à 1975	Fin d'année de 1976 à 1980	De 1980 à 1983
. Total des affaires signalées au Procureur général	19	28[2]	18[1]
. Poursuites non intentées	4	8	6
Résultats des poursuites			
. Acquittements	2	9	7
- retrait de l'accusation	0	2	1
- affaires classées à l'audience préliminaire	2	0	1
- acquittement au procès	0	7	5
. Condamnations	13	11	5
- amende seulement	1	1	0
- ordonnance d'interdiction seulement	7	4	3
- amende et ordonnance d'interdiction	5	6	2
. Pourcentage de condamnations	87 %	55 %	42 %

1. Y compris l'affaire des ciments du Québec, dans laquelle une accusation a été portée aux termes de l'art. 33 et retirée lorsque l'accusé a plaidé coupable à des accusations portées aux termes de l'art. 32.

2. Y compris deux affaires dans lesquelles des accusations avaient été portées aux termes des art. 32 et 33 (monopole), c'est-à-dire les affaires de Large Lamps et d'Allied Chemical et Cominco.

Source: W.T. Stanbury, Lusk (1984), p. 3.3.04.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

très floue, entre les agissements concurrentiels et les agissements abusivement concurrentiels. Comme on peut s'y attendre, les économistes sont loin d'être unanimes quant aux subtilités qui interviennent lorsqu'il s'agit de déterminer si un prix est trop bas.(18)

Aux termes du projet de loi C-91, le fait de pratiquer des prix anormalement bas est un acte criminel (art. 34). C'est aux cours criminelles qu'il incombe de déterminer si le défendeur a pour "politique" de vendre à un prix "abusivement bas" afin d'éliminer un concurrent.

Le projet de loi C-91 crée un tribunal civil spécialisé dans les affaires commerciales et publiques; on comprend donc difficilement qu'il laisse la pratique des prix anormalement bas relever du criminel. Ce genre d'agissements est complexe sur le plan économique et difficile à prouver d'après les critères du droit criminel, et la cour peut ordonner simplement à l'accusé d'y mettre fin au lieu de lui infliger une amende. Lorsqu'on applique le projet de loi C-91 à certains événements récents, les résultats présentent parfois des anomalies. Dans un rapport sur diverses pratiques de vente au détail de l'essence, le directeur des enquêtes et recherches a remarqué que les détaillants indépendants abaissaient leurs prix parce qu'ils étaient plus efficients, que leurs frais de commercialisation étaient plus bas et qu'ils payaient leur essence moins cher.

> Vers la fin des années cinquante et au début des années soixante, les grands ont eu recours aux remises provisoires ou à la vente en consignation pour subventionner leurs détaillants. Ces deux programmes ont permis d'élaborer systématiquement une forme de discrimination par les prix en vue de ramener les indépendants à l'ordre.
>
> Vers la fin des années soixante, les grands ont adopté une autre méthode. À des degrés divers, ils ont mis sur pied des réseaux indépendants dont les stations-service étaient situés à des endroits stratégiques.

---

(18) D.G. McFetridge et S. Wong, "Predatory Pricing in Canada: The Law and the Economics", Canadian Bar Review, vol. 63, 1985, p. 686-733.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> Ils se servaient de ces réseaux comme marque de combat pour protéger leur réseau de marque.(19)

Au cours des deux périodes, les grandes sociétés pétrolières étaient animées par le même motif, mais les méthodes employées différaient légèrement. Du point de vue économique, il est impossible de prétendre que ces différences étaient rien moins qu'insignifiantes. Le projet de loi C-91 interdirait l'acte criminel commis au cours de la première période, conformément à l'article relatif aux prix anormalement bas (art. 34), qui exige que l'acte soit prouvé au criminel et le rend passible d'une peine d'emprisonnement maximale de deux ans. Au cours de la deuxième période, la disposition du projet de loi relative aux marques de combat (al. 50*d*)) aurait pu être invoquée devant le Tribunal, qui n'aurait eu d'autre choix que de rendre une ordonnance d'interdiction. Il est difficile de justifier cette anomalie.

E. Banques et sociétés d'État

Le projet de loi C-91 soumet les banques et les sociétés d'État à la législation sur la concurrence. Il reconnaît la situation particulière des banques dans le système financier. Elles ont le droit d'échanger des renseignements de solvabilité et des données connexes sans craindre d'être poursuivies (par. 33(2)), et le ministre des Finances peut autoriser le fusionnement de banques s'il est souhaitable dans l'intérêt du système financier, même si la concurrence peut s'en trouver réduite (al. 66*b*)). Tout accord visant à fixer les prix, les frais de service et les taux d'intérêt constitue un acte criminel (art. 33). Antérieurement, c'est à l'Inspecteur général des banques qu'il incombait d'empêcher ce genre d'accord. Maintenant, le Tribunal de la concurrence et les autres tribunaux appliqueront aux banques et aux entreprises non financières des critères d'évaluation cohérents, mais il convient de noter qu'il est plus facile de faire condamner des banques que d'autres entreprises pour complot, puis-

---

(19) Canada, Approvisionnements et Services, "État de la concurrence dans l'industrie pétrolière au Canada", vol. VI, 1981, p. 427.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

que, pour elles, le complot est un acte criminel. En 1981, dans l'affaire d'Eldorado Nucléaire,(20) cinq sociétés exploitant des mines d'uranium ont été accusées de complot aux termes de l'alinéa 32(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Eldorado Nucléaire et Uranium Canada étant des sociétés d'État, les accusations portées contre elles ont été retirées en raison de l'immunité de la Couronne. C'était une injustice flagrante. Le projet de loi C-91 y remédie en assujettissant les opérations commerciales (mais non les opérations réglementaires) des sociétés d'État aux mêmes interdictions que celles des entreprises du secteur privé.

CONCLUSION

Le projet de loi C-91 est le dernier d'une longue série d'initiatives visant à appliquer les réformes de la deuxième étape, recommandées par le Conseil économique en 1969. À l'instar des mesures qui l'ont précédé, il propose de partager les responsabilités entre le judiciaire et un tribunal spécialisé qui statuerait dans les cas de concurrence abusive et dans les affaires de fusionnement. Il propose en outre d'accroître la portée de la législation sur la concurrence pour qu'elle s'applique aux banques et aux sociétés d'État.

---

(20) Green (1985), p. 303-304.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

BIBLIOGRAPHIE

(1) Baldwin, J.R. et al., "Imports, Secondary Output, Price-Cost Margins and Measures of Concentration: Evidence for Canada, 1979", Discussion Paper No. 262, Conseil économique du Canada, Ottawa, 1984.

(2) Brecher, J., Canada's Competition Policy Revisited, Institut de recherches politiques, Montréal, 1981.

(3) Canada, Consommation et Corporations, "Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada: première étape", Ottawa, 1973.

(4) Canada, Approvisionnements et Services, "État de la concurrence dans l'industrie pétrolière au Canada", vol. VI, 1981.

(5) Green, C., Canadian Industrial Organization and Policy, 2e éd., McGraw-Hill Ryerson, Toronto, 1985.

(6) Lusk, R.W. et al. (éd.), Canadian Competition Law, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, Vancouver, 1984.

(7) McFetridge et S. Wong, "Predatory Pricing in Canada: The Law and the Economics", Canadian Bar Review, vol. 63, 1985.

(8) Prichard, J.R.S. et al. (éd.), "The Dynamic Change Report and the Proposed Competition Act", Butterworths, Toronto, 1979.

(9) Roberts, R.J. et C.A. Hewat, "Pre-Merger Notification in Canada", Canadian Business Law Journal, vol. 11, 1986.

(10) Webber, F.M., "Oligopoly and the Combines Investigation Act," Canadian Law Journal, vol. 6, 1981-1982.